



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2007

Einwilligungsunfähige Organspender?

Thommen, Marc

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-140293>

Book Section

Accepted Version

Originally published at:

Thommen, Marc (2007). Einwilligungsunfähige Organspender? In: Becchi, Paolo; et al. Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen. Basel: Schwabe Verlag, 1-16.

EINWILLIGUNGSUNFÄHIGE ORGANSPENDER?

Marc Thommen*

EINWILLIGUNGSUNFÄHIGE ORGANSPENDER?	1
I. Problemstellung	1
II. Gesetzliche Regelung.....	2
III. Verfassungsmässigkeit	3
1. Beschränkung auf regenerierbare Gewebe und Zellen	4
2. Spendeeinschränkung auf Familienangehörige	6
3. Interessenkonflikte	8
4. Notstandssituation	9
5. Entnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen.....	10
IV. Fazit	16

I. Problemstellung

Dieser Beitrag behandelt die Frage, ob einwilligungsunfähigen Personen Organe, Gewebe oder Zellen zu Transplantationszwecken entnommen werden dürfen. Hierzu soll zuerst die diesbezügliche Regelung im Entwurf zum schweizerischen Transplantationsgesetz vorgestellt werden (II.). In der Folge werden die einzelnen Entnahmevoraussetzungen des Entwurfes auf ihre Verfassungsmässigkeit hin untersucht (III.). Die Darstellung schliesst mit einer Zusammenfassung der Erkenntnisse (IV.).

* Lic. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Nationalen Forschungsprojekt 46 'Implantate – Transplantate' des Schweizerischen Nationalfonds.

II. Gesetzliche Regelung

Die Zulässigkeit der Organspende unter Lebenden soll in Art. 12 f. des neuen Transplantationsgesetzes erstmals gesamtschweizerisch geregelt werden.¹ Art. 13 des Entwurfes befasst sich mit der Organentnahme bei Urteilsunfähigen.² Diese kommen als *Organspender* grundsätzlich nicht in Frage.³ Die Entnahme regenerierbarer *Gewebe und Zellen* zu Spendezwecken ist jedoch als subsidiäre Therapieoption ausnahmsweise erlaubt,⁴ sofern sie für den Empfänger potentiell lebensrettend⁵ und für den einwilligungsunfähigen Spender nicht mit ‚ernsthaften Risiken‘ verbunden ist.⁶ Als weitere Voraussetzungen dürfen keine urteilsfähigen Spender zur Disposition stehen, die gesetzlichen Vertreter müssen nach hinreichender Aufklärung schriftlich einwilligen und der Betroffene darf sich der Entnahme nicht widersetzt haben.⁷ Schliesslich muss die Entnahme von unabhängiger Stelle gebilligt werden.⁸ Diese Einschränkungen der Lebendspende im geplanten Transplantationsgesetz entsprechen inhaltlich und strukturell weitgehend den Artikeln 19 und 20 der Biomedizin-Konvention.⁹ Während die Konvention aber die Spende regenerierbarer

¹ Vgl. den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl [2002] 247 ff. [*nachfolgend: Entwurf-Transplantationsgesetz*].

² Zur Terminologie: Als urteilsunfähig gilt, wer die Bedeutung einer Transplantatentnahme nicht selbst zu erassen vermag. Urteilsunfähige können nicht gültig in eine Entnahme einwilligen, weshalb sie auch als **Einwilligungsunfähige** bezeichnet werden. Vgl. die Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) BBl [2002] 29, 144 f. [*nachfolgend: Botschaft Transplantationsgesetz*].

³ Art. 13 Abs. 1 Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁴ Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. d) Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁵ Art. 13 Abs. 2 lit. d) Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁶ Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁷ Art. 13 Abs. 2 lit. b), e) und g) Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁸ Art. 13 Abs. 2 lit. h) Entwurf-Transplantationsgesetz. Diese Zustimmung soll durch Zivilgerichte oder vormundschaftliche Aufsichtsbehörden erfolgen (Botschaft-Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 147).

⁹ Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), BBl [2002] 340 ff. [*nachfolgend: Biomedizin-Konvention*].

Gewebe und Zellen nur unter Geschwistern erlaubt,¹⁰ soll nach Transplantationsgesetz auch die Spende vom Kind an die Eltern und umgekehrt möglich sein.¹¹

III. Verfassungsmässigkeit

Organ-, Gewebe- und Zellspenden sind aus Spendersicht medizinisch nicht indizierte, mit Risiken und Unannehmlichkeiten verbundene Eingriffe, die den gesundheitlichen Eigeninteressen des Spenders zuwiderlaufen.¹² Gesetzliche Vertreter, die Organentnahmen bei Einwilligungsunfähigen zustimmen, überschreiten deshalb ihre an das gesundheitliche Wohl des Betroffenen gebundenen Vertretungsbefugnisse.¹³ Weil Transplantationen im ausschliesslichen Interesse des Empfängers erfolgen, stellen sie überdies ein geradezu lehrbuchhaftes Beispiel rein drittnützigen Eingreifens dar.¹⁴ Angesichts des fremdbestimmten Spendeentscheids besteht die Gefahr, dass Einwilligungsunfähige zur blossen Organressource und damit zum Gegenstand für die Überlebensinteressen des Empfängers gemacht werden.¹⁵ Das Verbot jemanden für Zwecke Dritter zu

¹⁰ Art. 20 Abs. 2 ii) der Biomedizin-Konvention.

¹¹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz. Die Beschränkung der Spendemöglichkeiten auf Geschwister nach Art. 20 der Biomedizin-Konvention wird in der Schweiz als zu restriktiv empfunden. Weil Art. 20 der Konvention zum änderungsfesten völkerrechtlichen Minimalstandard gehört (Art. 26 Abs. 2 Biomedizin-Konvention), der nach Ratifikation nicht mehr durch milderes Landesrecht aufgeweicht werden darf, ist ein diesbezüglicher Ratifikationsvorbehalt vorgesehen (vgl. Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 196).

¹² Eindringlich D. SPRUMONT, *Réflexion juridique sur le don d'organes par des personnes vivantes*, in: Malacrida, R. et al. (Hrsg.), *Donazioni e trapianti d'organo – I trapianti dai Vivi*, Corbaro 9, Edizioni Alice, Comano 1999 S. 89 und A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot etc. 1999, S. 121.

¹³ A. DONATSCH, *Rechtliche Anforderungen und Schranken der Lebendspende*, in: Largardier, F. et al. (Hrsg.), *Tod, Hirntod und Organentnahme*, Zürich 1999, S. 88. R. SCHÖNING, *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation*, Zürich 1996, S. 215 f.; für die dt. Rechtslage siehe D. ESSER, in: Höfling, W. (Hrsg.), *Transplantationsgesetz - Kommentar*, § 8 N 22 ff.

¹⁴ Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 145; D. SPRUMONT [Fn. 12], S. 92 f.

¹⁵ N. BOCK, *Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen*, Frankfurt a.M. etc. 1999, S. 91 f.; A. LAUFS, *Rechtsfragen der*

instrumentalisieren, gilt als selbstständige, individualrechtliche Mindestverbürgung der Würdegarantie von Art. 7 BV.¹⁶

Diesen grundrechtlichen Bedenken zum Trotz sollen nach dem Entwurf zum Transplantationsgesetz künftig Gewebe- und Zellentnahmen bei Einwilligungsunfähigen unter strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen erlaubt sein. Die Entnahmevoraussetzungen sollen deshalb in der Folge einzeln analysiert und auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden.

1. Beschränkung auf regenerierbare Gewebe und Zellen

Zunächst fällt auf, dass Einwilligungsunfähigen nur regenerierbare Gewebe und Zellen, jedoch keine Organe entnommen werden dürfen.¹⁷ Offenbar schreckte der Gesetzgeber davor zurück, Einwilligungsunfähigen die mit der Spende einer Niere einhergehende schwere Körperverletzung zuzumuten. Die nach Transplantationsgesetz erlaubten Gewebe- und Zellentnahmen wird man als einfache Körperverletzungen einstufen können.¹⁸ Dahinter steht die Vorstellung, dass potentiell lebensrettende Zell- oder Gewebespenden angesichts der Geringfügigkeit des Entnahmeaktes gerechtfertigt sein sollen.¹⁹

Geht man jedoch davon aus, dass die Einwilligungsunfähigen bei rein drittnützigen Entnahmen in ihrer Würde betroffen sind, dann läuft diese

Organtransplantation, in: Hiersche H.-D. et al. (Hrsg.), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Heidelberg etc. 1990, S. 64.

¹⁶ P. MASTRONARDI, in: Ehrenzeller, B. et al. (Hrsg.), die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Zürich etc. 2002, Art. 7 BV Rz 43 ff.; J. P. MÜLLER-Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 1 ff.

¹⁷ Art. 13 Abs. 1 und 2 Entwurf-Transplantationsgesetz, vgl. hierzu die Botschaft, BBl [2002] 29, 146.

¹⁸ Zur strafrechtlichen Qualifikation von ‚Ex vivo‘-Entnahmen R. SCHÖNING [Fn. 13], S. 201 ff.

¹⁹ Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 146: „Unter Inkaufnahme eines medizinisch vertretbaren Risikos kann ... das Leben eines Geschwisters gerettet werden“. Vgl. auch J.-F. DUMOULIN-Transplantation d'organes en Suisse, Neuchâtel 1997, S. 75.

Verharmlosungsargumentation leer. Im Gegensatz zu anderen Freiheitsrechten kann eine Verletzung der Menschenwürde nicht nach Gesichtspunkten des überwiegenden Interesses aufgewogen werden. Sie ist unantastbar.²⁰ Doch auch wenn man ein derart kategorisches Würdeverständnis nicht teilt,²¹ erscheint höchst zweifelhaft, ob sich die bei Knochenmarkspenden notwendige Beckenkammpunktion unter Vollnarkose²² hinsichtlich Eingriffsintensität und Operationsrisiken als Bagatelleingriff qualifizieren lässt. Dass für Gewebe- und Zellspenden eine Ausnahme vom grundsätzlichen Entnahmeverbot gemacht wurde, lässt sich also nicht mit der Geringfügigkeit des Entnahmeeingriffes erklären. Vielmehr würde ein umfassendes Entnahmeverbot so etablierte Verfahren wie die Transplantation hämatopoetischer Stammzellen aus Knochenmark zwischen HLA-kompatiblen Geschwistern verunmöglichen, was im Ergebnis ‚unbillig‘ sei.²³ Solche Begründungen übersehen freilich, dass die bloße Wünschbarkeit von Knochenmarkspenden zwischen Geschwistern für sich kein Zulässigkeitsargument ist.²⁴

Im Übrigen bleiben die nach Transplantationsgesetz zulässigen Entnahmen nicht zwingend auf Bagatelleingriffe beschränkt. Dies verdeutlicht eine genaue Lektüre von Art. 13 Abs. 2 des Entwurfes. Auch wenn diese Regelung offenkundig auf Knochenmarkspenden abzielt, wäre auch die Entnahme von Lebergewebe bei Einwilligungsunfähigen vom Wortlaut

²⁰ Nach P. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV, Rz 52, unterliegt die Menschenwürde keinen Beschränkungen. Differenzierend BGE 127 I 6, 14.

²¹ I.d.S. die Botschaft zur neuen Bundesverfassung, BBl [1997] 1, 141: *"Auf der anderen Seite könnte die Formulierung, wonach die Menschenwürde unantastbar sei, den Eindruck erwecken, der Staat müsse jederzeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspräche."*

²² Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 44.

²³ So R. SCHÖNING [Fn. 13], S. 218 m.H.

²⁴ Ähnlich D. ESSER [Fn. 13], § 8 N 22 ; C. KOPETZKI, Landesbericht Österreich, in: Taupitz, J. (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates, Berlin etc. 2002, S 250 f.

gedeckt.²⁵ Der nach Teilresektion verbleibende Leberlappen regeneriert sich nämlich innerhalb von drei bis sechs Wochen zu normaler Grösse und Funktionsfähigkeit.²⁶ Auch die Botschaft zum Transplantationsgesetz klärt die Frage nicht, ob regenerierbares Organgewebe entnommen werden darf. Danach dürfen Urteilsunfähigen zwar nur „*regenerierbare Gewebe oder Zellen, nicht aber Organe, entnommen werden*“. Als regenerierbar gelten aber Gewebe, „*die ihre Funktion nach einer Teilentfernung wiederherstellen*“ können.²⁷ Mit der operativen Teilresektion einer Leber wird jedoch definitiv die Grenze dessen überschritten, was einem Einwilligungsunfähigen an fremdnütziger Körperverletzung noch zumutbar ist.²⁸ Zusammenfassend ändern die Eingrenzung zulässiger Entnahmen auf regenerierbare Transplantate und die vermeintliche Geringfügigkeit des Entnahmeaktes nichts an der grundrechtlichen Bedenklichkeit rein drittnütziger Inanspruchnahme von Einwilligungsunfähigen.

2. Spende einschränkung auf Familienangehörige

Weiter ist die Zulässigkeit der Gewebe- und Zellentnahme bei Urteilsunfähigen auf Spenden im engsten Familienkreis beschränkt. Eine Beschränkung, die jeweils mit der erhöhten Gewebekompatibilität zwischen genetisch verwandten Personen begründet wird.²⁹ Diese auf die Empfängerinteressen gerichtete Begründung verkennt, dass die Lebendspende als rein drittnütziger und gesundheitsschädlicher Eingriff

²⁵ Diese Befürchtung einer extensiven Auslegung wird zusätzlich genährt durch die Erläuterungen zu Art. 20 der Biomedizin-Konvention: „*If, at the present time, bone marrow transplants among brothers and sisters is the most important situation which meets with the condition of this article, the formula "regenerative tissue" takes into account future developments in medicine*“; COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine, N. 124 (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> [Stand: 25. Okt. 2003]).

²⁶ Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 38 und 96.

²⁷ Botschaft-Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 146 und dortige Fn. 58.

²⁸ Ebenso A. GARWOOD-GOWERS [Fn. 12] S. 131. Zu Risiken für Lebendspender von Lebern vgl. F. LACAILLE/E. SOKAL, Living related liver transplantation, Journal of Pediatric Gastroenterology & Nutrition 33 [2001] 4: 431 ff.

²⁹ COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report to Convention on Human Rights and Biomedicine [Fn. 25], N. 123.

vor allem dem Spender gegenüber zu legitimieren ist. In der Botschaft zum Transplantationsgesetz wird die Drittnützigkeit zwar eingeräumt, da die Lebendspende aber für das empfangende Geschwister oder den Elter lebensrettend sei, erfolge die Entnahme gleichwohl im Interesse des einwilligungsunfähigen Spenders.³⁰ Durch die stellvertretend erlaubte Spende würde verhindert, dass das Kind zur Halbwaise wird oder ein Geschwister verliert.³¹

Argumentiert wird mit dem mittelfristigen, potentiellen Nutzen der momentan rein fremdnützigen Spende.³² Zweifellos liegt das Überleben der Eltern im Interesse des Kindes, doch liesse sich mit diesem Argument auch besagte Leberteilspende an die Eltern rechtfertigen.³³ Ausserdem ist das Überleben des Empfängers von Blutstammzellen aus Knochenmark keineswegs so gewiss, wie von den Befürwortern unterstellt wird. Auch bei weitgehender Gewebekompatibilität besteht ein beträchtliches Risiko tödlich verlaufender Abstossungsreaktionen.³⁴ Um die befürwortende Argumentation³⁵ umzukehren: Nicht nur die Mitverantwortung für den Tod eines Familienangehörigen infolge unterbliebener Spende, sondern auch die Gewissheit, dass das empfangende Geschwister an den Folgen der

³⁰ Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 146; weiter A. JUNG, Die französische Rechtslage auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin, MedR [1996] 355, 359.

³¹ R. SCHÖNING [Fn. 13], S. 218 f. m.w.H. Diese Argumentation dürfte aus der Entscheidung „Strunk v. Strunk“ (445 S.W. 2d 145 [Court of Appeals of Kentucky; 1969]) stammen, wo eine Nierenentnahme bei einem geistig Behinderten 27-Jährigen erlaubt wurde. Mit der Begründung, das Überleben des (empfangenden) Bruders liege angesichts enger emotionaler Verbundenheit längerfristig im Eigeninteresse des Spenders.

³² A. AUGUSTIN, Rechtliche Regelung für Stammzelltherapien – Zugleich ein Beitrag zum Entwurf eines Transplantationsgesetzes ZSR, NF 120 [2001] 163, 173.

³³ Nach B.-R. KERN, Der Minderjährige als Blutspender, FamRZ [1981] 738, 739 f., verbietet sich ein Abstellen auf mittelbare Eingriffsfolgen generell. Weitere Kritik bei N. BOCK [Fn. 15], S. 137 und L. E. LEBIT, Compelled Medical Procedures Involving Minors and Incompetents and Misapplication of the Substituted Judgement Principle, Journal of Law and Health 7 [1992] 107, 112 ff.

³⁴ Zu dieser sog. 'Transplantat gegen Wirt Reaktion', vgl. A. GRATWOHL et al., Graft-versus-host-disease and outcome in HLA-identical sibling transplantations for chronic myeloid leukemia, Blood 100 [2002] 12: 3877 ff.

³⁵ A. JUNG [Fn.30], S. 359.

Transplantation gestorben ist, kann ein schwer zu verarbeitendes Trauma sein.³⁶ Vorläufig kann festgehalten werden, dass auch die Beschränkung des Empfängerkreises auf Familienangehörige nichts an der Unvereinbarkeit des fremdnützigen Entnahmeaktes mit den gesundheitlichen Eigeninteressen des Spenders ändert. Auf die Besonderheiten bei Spenden zwischen Familienangehörigen wird unten (4.) zurückzukommen sein.

3. *Interessenkonflikte*

Ein weiteres ungelöstes Problem bei der stellvertretend erlaubten Spende unter Familienangehörigen sind die unausweichlichen Interessenkonflikte der Eltern. So muss nach Art. 13 Abs. 2 lit. h) des Entwurfes eine unabhängige Instanz der Entnahme zustimmen. Diese hat zu prüfen, „*ob sich der gesetzliche Vertreter in einem Interessenkonflikt befindet*“.³⁷ Bei dieser Prüfung kann es jedoch nicht bleiben. Denn unabhängig davon, ob die Eltern Empfänger sind oder über eine Spende zwischen ihren Kindern entscheiden, haben sie eigene Interessen, die denjenigen des spendenden Kindes widersprechen. Eltern, die einer Gewebeentnahme zustimmen, werden geltend machen, dass sie von Gesetzes wegen zur Lebensrettung ihres empfangenden Kindes verpflichtet sind. Diese Pflicht zur Lebensrettung wiege schwerer als das Gebot, die Einwilligung in die bloss körperverletzende Transplantatentnahme zu unterlassen.³⁸ Ein unvoreingenommener Vertreterentscheid erscheint schlicht undenkbar.³⁹ Nach den diesbezüglich spezielleren Regeln des Vormundschaftsrechtes müssten die

³⁶ D. ESSER [Fn. 13], § 8 N 24.

³⁷ Botschaft Transplantationsgesetz, BB1 [2002] 29, 147; vgl. auch Fn. 8 oben.

³⁸ Zur Kollision von Handlungs- mit Unterlassungspflichten vgl. C. ROXIN, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I., 3. Aufl., München 1997, § 16 N 102 und D. LAMB, Ethical principles and living organ donation, in: Malacrida, R. etc. [Fn. 12], S. 77 f.

³⁹ A. AUGUSTIN, [Fn. 32], S. 173; N. BOCK [Fn. 15], S. 137 f.

Eltern deshalb von der Vertretung des spendenden Kindes ausgeschlossen und ein Beistand ernannt werden.⁴⁰

4. *Notstandssituation*

Bei näherer Betrachtung schaffen die Spendevoraussetzungen nach Art. 13 des Entwurfes zum Transplantationsgesetz einen spezialgesetzlichen Notstandshilfetatbestand: Der Empfänger muss in seinem Überleben bedroht und die Gewebeentnahme beim Einwilligungsunfähigen einzig taugliches Mittel⁴¹ zur Abwendung dieser Lebensbedrohung sein. Durch die Beschränkung auf risikoarme Entnahmen⁴² wird das wesentliche Überwiegen der Empfängerinteressen gesetzlich abgesichert. Die wichtigsten Voraussetzungen der Notstandshilfe liegen somit vor. Doch können Transplantatentnahmen bei Urteilsunfähigen wirklich nach den Prinzipien der Notstandshilfe gerechtfertigt werden?

Letztlich bleibt es eine Frage der Verrechnungsschranken im Notstand,⁴³ ob das spendende Kind Entnahmen als Ausdruck der Minimalsolidarität seiner Familie gegenüber erdulden muss oder ob Art. 7 BV vor derartiger Inanspruchnahme schützt. Für die Duldungspflicht spricht, dass mit der Beschränkung auf Spenden an Familienangehörige eine Beziehungsnähe

⁴⁰ Art. 392 Ziff. 2 ZGB; R. SCHÖNING [Fn. 13], S. 220 m.H.; I. SCHWENZER, in: Honsell, H. et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl. Basel etc. 2002, Art. 304 N 4; In einem Tübinger Fall wurden die Eltern von Entscheid über eine Knochenmarkspende zwischen ihren Kindern wegen Interessenkonflikten ausgeschlossen und ein Ergänzungspfleger eingesetzt; Beispiel und (berechtigte) Kritik bei A. LAUFS [Fn. 15], S. 65 ff.

⁴¹ Die Entnahme bei Urteilsunfähigen ist subsidiär gegenüber Entnahmen bei Urteilsfähigen (Art. 13 Abs. 2 lit. b) Entwurf-Transplantationsgesetz) sowie gegenüber alternativen Therapiemöglichkeiten zur Transplantation (Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. d) Entwurf-Transplantationsgesetz), nicht aber gegenüber ‚ex mortuo‘-Entnahmen (Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 194 ff.). Vgl. aber Art. 19 Abs. 1 Biomedizin-Konvention und § 8 Abs. 1 Nr. 3 des deutschen Transplantationsgesetzes; hierzu U. SCHROTH, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendspende, in: Roxin, C. et al. (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2000, S. 274 f.

⁴² Art. 13 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 12 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁴³ K. SEELMANN, in: Niggli, M. A./Wiprächtiger, H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Basel etc. 2003, Art. 34 N 3 f.

gefordert wird, mit dem auch in anderen Bereichen Pflichten zur positiven Zuwendung begründet werden.⁴⁴ Gegen die Beanspruchung Urteilsunfähiger als Transplantatspender spricht auch hier die Erkenntnis, dass nicht jede Verletzung nach Gesichtspunkten des überwiegenden Interesses gerechtfertigt werden sollte.⁴⁵ Gegen die Zulassung von Transplantatentnahmen bei Urteilsunfähigen spricht weiter, dass diese im Ergebnis auf eine Spendeverpflichtung hinausläuft. Von „Spende“ als freiwilliger Akt altruistischer Zuwendung lässt sich nicht sinnvoll sprechen.⁴⁶ Zusammenfassend zwingt die besondere Beziehungsnähe zwischen Spender und Empfänger einerseits zur Relativierung des Instrumentalisierungseinwandes.⁴⁷ Erschwerend wirkt andererseits, dass bei Transplantatentnahmen die *Leiblichkeit* Einwilligungsunfähiger zum Gegenstand von Solidaritätspflichten gemacht, was im Lichte der Würdegarantie von Art. 7 BV als besonders gravierend gelten muss.⁴⁸

5. *Entnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen*

Die bisherigen Ausführungen handelten ausschliesslich von Transplantatentnahmen bei urteilsunfähigen Kindern. Die Biomedizin-Konvention⁴⁹ und der Entwurf zum Transplantationsgesetz⁵⁰ erlauben jedoch die Spende zwischen Geschwistern unabhängig vom Alter des urteilsunfähigen

⁴⁴ Z.B. Art. 159 Abs. 3 und Art. 276 f. ZGB. Auch die bei unechten Unterlassungsdelikten verletzte Handlungspflicht ist geknüpft an eine Garantstellung, wie sie normalerweise zwischen Familienangehörigen besteht (vgl. G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Bern 1996, § 14 N 13). Für Blut-, nicht aber Organspenden gleich argumentierend K. KÜHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2002, § 8, N 173 f. Allgemein K. BAYERTZ, Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung, in: Seelmann, K. (Hrsg.) Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. etc. 2000, S. 86.

⁴⁵ Siehe oben Fn. 20 passim

⁴⁶ A. DONATSCH [Fn. 13] S. 89.

⁴⁷ I.d.S. J. FISCHER, Wo das Einwilligungskriterium zur Diskriminierung führt, SÄZ [1999] 1110, 1111 f. (allerdings im Kontext fremdnütziger Forschungseingriffe).

⁴⁸ K. SEELMANN, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch, A. et al. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, S. 580 f.

⁴⁹ Art. 20 Abs. 2 ii) Biomedizin-Konvention.

⁵⁰ Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz.

Spenders. Somit wäre beispielsweise eine Zellentnahme bei einem infolge Demenzerkrankung urteilsunfähigen 70-Jährigen zugunsten seiner Schwester von den genannten Regelungen mitumfasst. Darüber hinaus ermöglicht das Transplantationsgesetz nebst Entnahmen zu Gunsten von Eltern und Geschwistern Urteilsunfähiger auch die Spende **urteilsunfähiger Eltern** an ihre Kinder.⁵¹ Zu denken ist etwa an Zellentnahmen bei einer unfallbedingt bewusstlosen Mutter. Das bisher Gesagte lässt sich nicht unbesehen auf diese Sonderkonstellationen übertragen. Von den seit Geburt urteilsunfähigen Kindern unterscheiden sich die urteilsunfähigen Erwachsenen dadurch, dass sie eine ehemals vorhandene Urteilsfähigkeit infolge einer Demenzerkrankung oder einer Bewusstlosigkeit *verloren haben*. Auch Entnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen bedürfen einer stellvertretenden Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters, welcher primär ihre gesundheitlichen Interessen zu wahren hat.⁵² Doch sind Spenden ehemals urteilsfähiger Personen nicht nur unter dem Blickwinkel des Spenderwohls zu beurteilen, auch deren Spendebereitschaft muss eruiert werden.⁵³ Bei urteilsunfähigen Kindern ist es unsinnig, nach einer potentiellen Befürwortung oder Ablehnung der Spende zu fragen. Sie haben einen diesbezüglichen Willen nie bilden können.⁵⁴ Bei urteilsunfähigen Erwachsenen hingegen kann man sich fragen, ob deren mutmassliche Spendebereitschaft eine Entnahme zu rechtfertigen vermag (i), darüber hinaus soll für diese Personengruppe noch die Möglichkeit erörtert werden, den Spendewillen in einer sog. Patientenverfügung bindend festzuhalten (ii).

(i) *Mutmassliche Spendebereitschaft*

⁵¹ Art. 13 Abs. 2 lit. c) Entwurf-Transplantationsgesetz.

⁵² Art. 6 Abs. 1 und 3 Biomedizin-Konvention (hierzu: BBl [2002] 271, 294 ff.).

⁵³ Art. 9 Biomedizin-Konvention; J. REHBERG, Arzt und Strafrecht, in: Honsell, H. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 309 f.

⁵⁴ A. DONATSCH [Fn. 13] S. 89. Deutlich L. E. LEBIT [Fn. 33], S. 109 f.; R. MERKEL, An den Grenzen von Medizin, Ethik und Strafrecht: Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge, in: C. Roxin [Fn. 41], S. 165.

Lassen sich Transplantatentnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen über eine bloss gemutmasste Spendezustimmung rechtfertigen? Zumindest eine früher geäusserte *Ablehnung* von Organentnahmen soll über die eigene Urteilsfähigkeit hinaus wirken können.⁵⁵ Ob dies auch für die *Befürwortung* der Spende gilt, ist umstritten. Es geht hier um die Kontroverse, ob bei gemutmasster Zustimmung auch objektiv schädliche Eingriffe gerechtfertigt werden können.⁵⁶ Es werden im Wesentlichen drei Positionen vertreten:

- Nach einer ersten Meinung soll alleine auf den mutmasslichen Willen abgestellt werden können, unter Vernachlässigung der objektivierten Gesundheitsinteressen.⁵⁷ Hierfür spricht in unserem Fall, dass Eltern mit ganz grosser Wahrscheinlichkeit zu einer Spende an ihre Kinder bereit wären, wenn sie gefragt werden könnten. Kann eine Entnahme, die dem Willen der urteilsunfähigen Mutter entspricht, nur deshalb verboten sein, *„weil dieser Wille nach der Meinung eines objektiven Drittbeurteilers nicht ihrem wahren Interesse dient?“*⁵⁸ Dagegen lässt sich einwenden, dass wer die bloss gemutmasste Spendebereitschaft der Mutter wie eine aktuelle Einwilligung zur Spende behandelt, ihr eine Willensäusserung unterstellt, die ja gerade fehlt. Ein mutmasslicher ist eben kein wirklicher Wille, sondern ein normatives Konstrukt.⁵⁹
- Nach einer Gegenmeinung kann trotz gemutmasster Spendeeinwilligung auf die Mitberücksichtigung der Gesundheits-

⁵⁵ W. WIEGAND, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell, H. [vgl. Fn. 53], S. 164; T. LENCKNER, in: Schönke, A./Schröder, H. etc. (Hrsg.), Strafgesetzbuch - Kommentar, 26. Aufl., München 2001, Vorbem. §§ 32 ff N 57.

⁵⁶ Umfassend J. HÄCKER, Wille und Interesse bei der mutmasslichen Einwilligung, Tübingen 1973, S. 3 ff.

⁵⁷ T. LENCKNER [Fn. 55], Vorbem. §§ 32 ff N 54. Gl. M. aber mit Beschränkung auf einfache Körperverletzungen A. DONATSCH [Fn. 13] S. 87 f.

⁵⁸ C. ROXIN [Fn. 38], § 18 N 7.

⁵⁹ Dies räumt auch C. ROXIN [Fn. 38], § 18 N 4 ein.

interessen des Spenders nicht verzichtet werden.⁶⁰ Bei dieser Lehrmeinung bleibt vorerst ungeklärt, weshalb der Bluttransfusionen entgegenstehende Wille eines Zeugen Jehovas zu respektieren ist,⁶¹ obwohl diese gemutmasste Transfusionsverweigerung den Gesundheitsinteressen noch viel krasser zuwiderläuft als Transplantatentnahmen.⁶²

- Nach einer vermittelnden Lösung gibt „*das objektive Interesse ... das Referenzmass dafür ab, wie deutlich der Patient seinen abweichenden Willen zum Ausdruck bringen muss. Die Indizien für einen abweichenden Willen müssen umso deutlicher sein, je grösser die Abweichung vom ‚Normalen‘ sein soll*“.⁶³ Genau diese Deutlichkeit der Behandlungsverweigerung erlaubt es, Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas selbst dann zu unterlassen, wenn deren Überleben davon abhängt. Transplantatentnahmen, auch wenn sie zugunsten der eigenen Kinder erfolgen, laufen den objektiven Gesundheitsinteressen der Eltern ebenfalls zuwider. Umso deutlicher müssen sich deshalb die Anzeichen für eine Spendebereitschaft belegen lassen. Stützt sich die Mutmassung bloss auf vage Indizien zugunsten einer Spende, wird dies für die Unterstellung einer Spendebereitschaft nicht ausreichen.

(ii) *Spendeverfügung*

⁶⁰ G. STRATENWERTH [Fn. 44], § 10 N 28; ebenso für Notfalleingriffe G. STEFFEN/O. GUILLOD, Landesbericht Schweiz, in: Taupitz, J. [Fn. 24], S. 368

⁶¹ G. STRATENWERTH [Fn. 44], § 10 N 26; zweifelnd G. FISCHER, die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Ahrens, H. J. et al. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch: zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 546.

⁶² Dieses Dilemma löst K. SEELMANN, indem er für die *Unterlassung* notwendiger Eingriffe die mutmassliche Eingriffsverweigerung genügen lässt, die *Vornahme* rein drittnützige Eingriffe jedoch wegen des ‚anderen Interessenhintergrundes‘ nicht über die mutmassliche Einwilligung sondern nach Regeln der Notstandshilfe beurteilt (K. SEELMANN [Fn. 43], Art. 32 N 17 ff.).

⁶³ J. TAUPITZ, die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, in: Canaris, C. W. et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000, S. 508; ebenso G. FISCHER [Fn. 61] S. 549 f.

Blosse Mutmassungen reichen zur Unterstellung einer Spendebereitschaft nicht aus. Wie aber stünde es, wenn der Spendewille in einer detaillierten ‚Patientenverfügung‘ dokumentiert wäre? Diese Frage ist reichlich hypothetisch, denn im Gegensatz zu sog. Organspendeausweisen im Hinblick auf postmortale Organspenden, wird sich wohl kaum je eine Verfügung zur Lebendspende für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit finden lassen.⁶⁴ Vorab Einwilligungen zu *drittnützigen* Eingriffen wurden bisher erst für nichttherapeutische Forschungseingriffe thematisiert.⁶⁵ Die Instrumentalisierungsproblematik stellt sich jedoch für fremdnützige Forschungseingriffe und Transplantatentnahmen gleichermaßen.⁶⁶

Doch selbst wenn sich Lebendspendeverfügungen finden liessen, bliebe die Frage nach deren *Wirkung* Gegenstand von Kontroversen. Nach herrschender Lehre im Strafrecht fehlt es bei Vorabverfügungen zwangsläufig an einer eingriffsbezogenen Aufklärung, weshalb der antizipierte Wille kein informierter und deshalb nicht wie eine Einwilligung zu behandeln sei. Weiter bleibt den dereinst Einwilligungsunfähigen die ansonsten bedingungslos eingeräumte Widerrufsmöglichkeit verwehrt. Aus diesen Gründen seien Vorabverfügungen lediglich als Indiz für den mutmasslichen Willen zu werten.⁶⁷

Diese Einwände gegen die volle Verbindlichkeit von Vorabverfügungen wiegen schwer. Dennoch dürfte aus verfassungsrechtlicher Sicht bei Vorab Einwilligung, zumal autonome und freiwillige Spendeentscheidung der Betroffenen, zumindest eine Verletzung ihrer Würde auszuschliessen

⁶⁴ Zu Transplantationsregistern und Spendeausweisen vgl. Botschaft Transplantationsgesetz, BBl [2002] 29, 81 ff.

⁶⁵ H. HELMCHEN/H. LAUTER (Hrsg.), Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen?, Stuttgart etc. 1995, S. 52 ff.

⁶⁶ Vgl. T. M. SPRANGER, Fremdnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, Bioethik und klinische Arzneimittelprüfung, MedR [2001] 238, 241 ff. und oben Fn. 15 passim.

⁶⁷ Zusammenfassend C. BERGER, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ [2000] 797, 800 ff.; K. SEELMANN, [Fn. 48] S. 571 f.

sein.⁶⁸ Unabhängig von Aufklärungsdefiziten und mangelnder Widerrufsmöglichkeit lässt sich bei zustimmendem Willen nicht sinnvoll von Instrumentalisierung sprechen. Die gegenteilige Ansicht läuft Gefahr, den Schutzgedanken der Würdeverbürgung gegen den Träger zu kehren. Das Instrumentalisierungsverbot soll ja gerade vor zustimmungsloser Inanspruchnahme schützen, dient also mit anderen Worten der Absicherung selbstbestimmter Entscheidung. Die Vorabereinwilligung aber ist nichts anderes als die vorgezogene Betätigung des Selbstbestimmungsrechtes im Hinblick auf eine spätere Urteilsunfähigkeit.⁶⁹ Soweit aber der Instrumentalisierungsvorwurf entkräftet und damit eine Verletzung Art. 7 BV ausgeschlossen ist, entfallen auch die kerngehaltsschützenden Abwägungsschranken bei der Notstandsrechtfertigung.⁷⁰ Der zustimmende Wille des Betroffenen lässt sich dann als gewichtiges Indiz zugunsten der Entnahme in die Abwägung mit einstellen.⁷¹ Vorab gebilligte Entnahmen erscheinen so weniger problematisch als die absolut zustimmungslosen Entnahmen bei Nichteinwilligungsfähigen. Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass selbst bei Vorliegen einer hinreichend konkretisierten Spendeüberlegung die Entnahmen wohl auf regenerierbare Zellen und Gewebe beschränkt bleiben müssten. Die Entnahme ganzer Organe wird durch Art. 13 des Entwurfes zum Transplantationsgesetz kategorisch ausgeschlossen.

⁶⁸ Ähnlich O. ELZER, Die Grundrechte Einwilligungsunfähiger in klinischen Prüfungen, MedR [1998] 122, 123 f.

⁶⁹ J. TAUPITZ/M. BREWE/H. SCHELLING, Landesbericht Deutschland, in: Taupitz, J. [Fn. 24], S. 430.

⁷⁰ Vgl. Fn. 20 und 43.

⁷¹ A.M. U. SCHROTH, die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, Jus [1992] 476, 478.

IV. Fazit

Die Möglichkeit einer Beanspruchung Urteilsunfähiger als Transplantat-spender, wie sie durch das geplante Transplantationsgesetz geschaffen werden soll, ist in diverser Hinsicht problematisch. Die Transplantation ist ein aus Spendersicht lediglich mit Beeinträchtigungen verbundener Eingriff. Eltern, die Zell- und Gewebeentnahmen bei ihren Kindern billigen, überschreiten deshalb ihre an das Kindeswohl gebundenen Vertretungsbefugnisse. Bei zustimmungsloser Inanspruchnahme macht man die Leiblichkeit urteilsunfähiger ‚Spender‘ zum blossen Gegenstand für Überlebensinteressen Dritter. Dieser Instrumentalisierungsvorwurf wird durch die Beschränkung auf regenerierbare Transplantate nicht überzeugend entkräftet. Einzuräumen ist, dass durch die Einengung des Empfängerkreises auf Familienangehörige nur Personen von der Spende profitieren, denen gegenüber auch sonst erhöhte Solidaritätspflichten bestehen.

Wegen der reinen Drittnützigkeit können Transplantatentnahmen bei urteilsunfähigen Erwachsenen auch nicht über eine bloss gemutmasste Spendeeinwilligung gerechtfertigt werden. Den verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber fremdbestimmten Transplantatentnahmen liesse sich allenfalls durch Institutionalisierung von ‚Lebendspendeverfügungen‘ begegnen.